

Argumentação jurídica como fator legitimizador da discricionariedade judicial na consolidação das políticas públicas*

Legal arguments in support of judicial discretion in the consolidation of public policies

Karine de Aquino Câmara¹

Resumo

O presente artigo objetiva discutir a abrangência e os limites da função criativa da jurisdição no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente no âmbito das políticas públicas, de modo que se possibilite a concretização dos direitos fundamentais em seu grau máximo, flexibilizando os precedentes quando necessário e sem descuidar de impor certos limites ao Judiciário, no afã de que a liberdade de que este poder dispõe não implique decisões arbitrárias e que este poder não se sobreponha aos demais. Desse modo, partindo do pressuposto que o Direito é um fenômeno social, demonstra-se que há liberdade na atividade judiciária sim, mas esta é condicionada por limites objetivos (fundamentação racional das decisões; direitos fundamentais; e observância do caso concreto). O que há, portanto, não é “criação” do direito pelo juiz de forma arbitrária, mas uma discricionariedade judicial conforme as necessidades do direito material e os princípios constitucionais, possuindo a argumentação jurídica o papel de legitimar as decisões judiciais.

Palavras-chave: Poder Judiciário. Políticas Públicas. Função criativa do juiz. Discricionariedade. Fundamentos. Limites. Direitos fundamentais. Argumentação racional.

Abstract

This article aims to discuss the scope and limits of jurisdiction in the creative function of the Brazilian legal system, especially in the public policy domain, so that if possible the realization of fundamental rights in its highest degree, flexible precedents when necessary and without neglecting to impose certain limits on the Judiciary, in order that the freedom that has this power does not lead to arbitrary decisions and that this power does not overlap the others. Thus, assuming that the law is a social phenomenon, it is demonstrated that there is freedom in judicial activity, but this is conditioned by objective limits (rational foundation of the decisions, fundamental rights, and observance of the case). Then don't exist “creation” of the right arbitrarily by the judge, but a judicial discretion as the needs of the substantive law and constitutional principles, possessing the legal argument to legitimize the role judicial decisions.

Keywords: Judiciary. Public Policies. Creative function of the judge. Discretion. Foundations. Limits. Fundamental rights. Rational argument.

* Artigo recebido em 14/09/2011
Artigo aprovado em 27/01/2012

¹ Procuradora Federal (Matrícula 1610997); Especializada em Direito Processual: Grandes Transformações pela Rede de Ensino LFG; Especializada em Direito Previdenciário pela Rede de Ensino LFG e Mestranda em Constitucionalismo, Filosofia e Direitos Humanos pela UFPA.

1 Introdução

Nos séculos XVIII e XIX, época do Estado Liberal, a jurisdição era vista como substitutiva da vontade da lei, cabendo ao juiz atuar a vontade concreta da lei. Chiovenda,² o maior defensor dessa teoria, partia da premissa de que o ordenamento jurídico era completo e coerente, sendo tarefa do magistrado a mera aplicação da norma geral ao caso concreto.

Surgiu também, nessa época, a teoria de que a função do juiz é a justa composição da lide, criando norma individual para regular o caso concreto. Tal teoria teve como seu principal defensor Francesco Carnelutti.³

Todavia, o novo direito constitucional ou neo-constitucionalismo que se desenvolveu na Europa, ao longo da segunda metade do século XX, e, no Brasil, após a Constituição de 1988, trouxe como principais mudanças de paradigma, no plano teórico, o reconhecimento de força normativa à Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e a elaboração das diferentes categorias da nova interpretação constitucional.

Fruto desse processo, a constitucionalização do Direito acarretou a irradiação dos valores abrigados nos princípios e regras da Constituição por todo o ordenamento jurídico, notadamente por via da jurisdição constitucional. Ademais, o órgão judicial deve proteger todo direito fundamental, ainda que não positivado.

Desse modo, os princípios constitucionais e os direitos fundamentais possuem papel central no Estado constitucional, pois, além de orientarem o modo de ser do ordenamento jurídico, possibilitam que, diante de um caso concreto: o juiz realize a interpretação da lei de acordo com a Constituição; não se aplique uma lei inconstitucional (declaração da inconstitucionalidade da lei); o magistrado faça a interpretação conforme a Constituição, agregando conteúdo à lei conforme os preceitos constitucionais; seja declarada parcialmente a nulidade da norma sem redução de texto, afastando-se as interpretações inconstitucionais para a norma; controle-se a inconstitucionalidade por omissão, gerando regra necessária para que o direito fundamental seja concretizado; e proteja-se um

direito fundamental diante de outro (aplicação da regra de balanceamento entre os direitos fundamentais).

Nesse diapasão, Luiz Guilherme Marinoni assevera que:

Se nas teorias clássicas o juiz apenas *declarava a lei* ou criava *a norma individual a partir da norma geral*, agora ele constrói a *norma jurídica* a partir da interpretação da Constituição, do controle de constitucionalidade e da adoção da regra de balanceamento (ou da regra da proporcionalidade em sentido estrito) dos direitos fundamentais no caso concreto.⁴

Na concepção atual, as tutelas dos direitos derivam das posições jurídicas, e não do processo, como entendia Chiovenda, que supervalorizava a técnica processual em detrimento do direito material. O processo se apresenta, hodiernamente, apenas como meio de viabilizar a tutela prometida pelo direito material e pela Constituição e, na ausência de técnica processual, o juiz deve suprir a omissão do legislador, com supedâneo no direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.

Acrescente-se, ainda, que, no modelo atual de jurisdição, há necessidade de fundamentação da norma criada pelo juiz diante das peculiaridades do caso concreto, com o fito de possibilitar o controle de sua atividade pelas partes e por qualquer cidadão. Esse é um importante limite da função criativa dos juízes, como será pormenorizado adiante.

Busca-se demonstrar com este estudo que, diante da renovação quase diária das necessidades de direito material, a lei processual não pode antever todas as hipóteses para a aplicação da norma, necessitando da atividade jurisdicional para a construção da norma jurídica do caso concreto. Todavia, essa atuação do Judiciário não pode ocorrer de forma desmedida e arbitrária, devendo sim observar balizas, com a observância dos direitos fundamentais e princípios constitucionais de justiça, e com fundamento em uma argumentação racional.

Desse modo, nas seções subsequentes deste artigo serão abordados: os fundamentos e os limites da atuação ativa da jurisdição na busca pela efetivação da tutela do direito material, com especial enfoque no ordenamento jurídico brasileiro; o papel dos tribunais, notadamente do

² CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1969.

³ CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*. Napoli: Morano, 1958.

⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil: teoria geral do processo*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 104.

Supremo Tribunal Federal (STF), na concretização dos direitos fundamentais; a vinculação dos demais órgãos judiciais às decisões do STF, com a necessidade de flexibilização da vinculação judicial aos precedentes estabelecidos pela Corte Suprema; as ações afirmativas protagonizadas pelo Poder Judiciário; e, por fim, sugerir-se-á os contornos para uma atuação legítima da jurisdição.

2 Fundamentos e limites da discricionariedade judicial

Nos modelos de jurisdição defendidos por Chiovenda e Carnelutti, o princípio da separação dos poderes era essencial para combater o arbítrio judicial e garantir a liberdade dos indivíduos, pois seriam todos iguais perante a lei (igualdade formal), desempenhando os direitos subjetivos papel central na compreensão liberal de direito.

Nesse modelo liberal, os direitos fundamentais se restringiam aos direitos de abstenção ou negativos, reduzindo o direito à lei, e a atividade dos juízes à mera busca da vontade do legislador, tudo conforme o que defende o positivismo jurídico. Tratava-se da chamada neutralização política do Judiciário, uma vez que a função do juiz era apenas aplicar a lei, fazendo a subsunção do fato à norma.

Não obstante ser inegável que a Constituição brasileira recebeu influência direta desse modelo liberal, tendo em vista que prevê amplamente os direitos fundamentais de abstenção em seu texto, os valores do Estado constitucional não são atendidos por nenhuma dessas teorias, pois ambas privilegiam o princípio da supremacia da lei e não levam em conta as peculiaridades do caso concreto.

Hodiernamente, a jurisdição constitucional visa dar tutela às necessidades do direito material, compreendidas à luz das normas constitucionais e dos direitos fundamentais, possuindo, portanto, natureza instrumental em relação ao direito material.⁵

Assim, a jurisdição do Estado contemporâneo deve considerar a constante transformação dos fatos sociais e o pluralismo da sociedade moderna, legitimando o juiz a dar sentido aos casos concretos e conformar a lei, por meio de uma argumentação jurídica racional, a fim

de fazer valer os princípios constitucionais de justiça e os direitos fundamentais.

Diante desse quadro, a atuação jurisdicional passa a ter papel fundamental na concretização dos direitos fundamentais, exigindo, para tanto, liberdade para uma atuação criativa de forma a possibilitar a conformação da lei ao caso concreto.

A função criativa da jurisdição possui como um de seus alicerces o princípio da inafastabilidade da jurisdição, que proíbe a recusa da prestação jurisdicional diante de um caso concreto (art. 5º, inciso XXXV, da CF/88). Desse modo, todo conflito submetido ao tribunal deve ser necessariamente solucionado, mesmo que a situação concreta não esteja prevista expressamente na legislação.

Assim, o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva (art. 5º, inciso XXXV, da CF/88) serve como orientador não somente da atuação do legislador, mas também do juiz, haja vista que a lei processual deve ser pensada consoante as necessidades de direito material visualizadas no caso conflitivo, tendo, pois, o juiz o poder-dever de encontrar a técnica processual idônea e necessária para proteger o direito material, de modo a dar tutela efetiva ao direito e causar menor restrição à esfera jurídica do demandado.

Desse modo, o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada, célere e efetiva não tem teor apenas técnico-processual, assumindo também aspectos extrajudiciais e substanciais. Ademais, em decorrência da exegese do art. 5º, inciso XXXV, da CF/88, tanto na tutela coletiva quanto na individual, vigora o postulado da “atipicidade da tutela”, pelo qual são admissíveis todas as espécies de ações, incluindo os meios e instrumentos processuais capazes de propiciar a adequada e efetiva proteção de qualquer direito ou interesse.

Deve-se fazer, neste momento, uma observação acerca do princípio da separação dos poderes em contraponto ao direito fundamental à tutela efetiva, pois já se defendeu, na época do liberalismo, que aquele teria superioridade hierárquica em relação a este, em caso de colisão. Todavia, o princípio da separação dos poderes não pode ser considerado sempre superior aos direitos fundamentais e, por conseguinte, constituir um obstáculo à realização de um direito fundamental, como o é o direito à tutela jurisdicional efetiva, célere e adequada, pois tanto os direitos fundamentais como a separação dos poderes

⁵ Saliente-se aqui que dar tutela aos direitos não significa apenas dizer o direito (“*iuris dictio*”), mas dar efetivamente proteção a eles, seja na sentença ou na execução.

constituem igualmente cláusulas pétreas da Constituição (art. 60, § 4º, III e IV, CF). Além disso, o Judiciário não se confunde com o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, pois esse Poder serve para garantir a implementação judicial de todos os direitos fundamentais, e não apenas deste.

Saliente-se também que o direito fundamental à tutela efetiva não significa apenas direito à resolução do conflito, mas também direito à tutela jurisdicional que ponha término à contenda de forma definitiva, produzindo a chamada coisa julgada material, que é, por sua vez, além de corolário do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, pilar do Estado Democrático de Direito.⁶

Na jurisdição constitucional, há hipóteses em que a margem de discricionariedade do juiz é ainda maior: quando se está diante da concretização das normas processuais abertas e da supressão da omissão legal inviabilizadora da realização de um direito fundamental.

As normas processuais abertas conferem ao juiz poder para a utilização dos instrumentos processuais, conforme as necessidades de direito material particularizadas no caso concreto, devendo, contudo, a providência jurisdicional ser idônea à tutela do direito e acarretar a menor restrição possível à esfera jurídica do demandado. No ordenamento jurídico brasileiro, temos, como exemplo de norma processual aberta, o art. 461 do Código de Processo Civil (CPC).⁷ Aqui a discricionariedade atua como medida de otimização de resultados, devendo a ponderação judicial ser proporcional em sentido estrito, a fim de não se recair em decisões arbitrárias.

No caso de omissão de regra processual ou de inexistência da técnica processual adequada à proteção do direito material, o juiz deverá demonstrar a necessidade da utilização de determinada técnica processual não prevista em lei para a efetivação do direito tutelado e que isso acarretará a menor restrição possível ao réu.

⁶ Deve-se esclarecer que a coisa julgada é situação posterior à decisão, não consistindo, portanto, característica ou elemento de existência da decisão. Ou seja, a jurisdição existe independentemente da coisa julgada material; o que de fato é característica da jurisdição é a sua aptidão à definitividade, que é chamada de coisa julgada.

⁷ Art. 461, CPC: Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

Ou seja, em ambos os casos anteriormente expostos, o juiz tem que limitar a discricionariedade de suas decisões na sua fundamentação por meio de uma argumentação precisa e justificada nos direitos fundamentais e princípios constitucionais, sempre levando em conta as circunstâncias do caso concreto.

Desse modo, pode-se dizer, nas palavras de Marini⁸, que “a jurisdição faz a integração entre as esferas material e processual”, na medida em que a estrutura técnica do processo e a função jurisdicional viabilizam as tutelas prometidas pelo direito material, segundo as linhas diretivas da Constituição e dos direitos fundamentais.

Considerando a necessidade premente de realização dos direitos fundamentais e princípios constitucionais por meio da jurisdição, a lei processual surge como o instrumento para se atingir esse fim, dentro de um processo civil de interesse público, fortalecedor da redemocratização do Brasil.

Nesse sentido, opina Fredie Didier:

Em virtude do pós-positivismo que caracteriza o atual Estado constitucional, exige-se do juiz uma postura muito mais ativa, cumprindo-lhe compreender as particularidades do caso concreto e encontrar, na norma geral e abstrata, uma solução que esteja em conformidade com as disposições e princípios constitucionais, bem assim com os direitos fundamentais.⁹

Em suma, o legislador e o juiz estão submetidos, no Estado Constitucional, ao dever estatal de tutela dos direitos e ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. Ou seja, os conceitos de dever estatal de tutela e de tutela dos direitos se destinam a fundamentar a tutela jurisdicional no Estado constitucional.

Outrossim, na jurisdição constitucional, os direitos fundamentais servem como critério último da validade da ordem jurídica, e o poder último do governo constitucional é detido simultaneamente pelos três poderes do governo, e não de forma isolada a determinado poder.

Dessa forma, o Poder Judiciário está constitucionalmente vinculado à efetivação dos direitos fundamentais e, por isso, à política estatal, assumindo, ao lado do

⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil: teoria geral do processo*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 145.

⁹ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 7. ed. Salvador: JusPODIUM, 2007. p. 65.

Poder Executivo e do Legislativo, a corresponsabilidade pelo sucesso político das exigências do Estado Social.

O exercício da jurisdição contemporânea depende, assim, da pré-compreensão social das questões, envolvendo a efetivação dos direitos fundamentais. Saliente-se, porém, que essa desneutralização política do Judiciário, que não se vincula, na sociedade atual, exclusivamente à estrita legalidade, não significa o indesejável *governo de juízes*, pois os magistrados devem justificar suas decisões em uma argumentação racional e demonstrar que estas têm respaldo na vontade popular.

Assim, não obstante, tradicionalmente, a jurisdição ser insuscetível de controle externo, podendo ser controlada apenas pela própria jurisdição, o juiz, nos dias de hoje, não pode exercer a jurisdição a seu bel-prazer; ele deve demonstrar que a sua decisão é racionalmente aceitável, sendo a melhor possível diante da lei, da Constituição e do caso concreto, mediante uma argumentação fundada em critérios racionais, para ser aceita. Assim, é a precisa justificação da prestação jurisdicional que a legitima.

Para Norberto Bobbio,¹⁰ o ordenamento jurídico é completo e coerente. Assim, para ele, o juiz sempre julgará a controvérsia por meio de uma norma pertencente ao sistema, uma vez que o ordenamento jurídico possui limites, mas não lacunas, sendo, portanto, completo ou completável.

Entendendo também que não há lacunas no Direito, cabendo aos tribunais interpretar, construir e, ainda, distinguir os fatos diante das peculiaridades do caso concreto, para que possam formular suas decisões, confrontando-as com o direito vigente, Niklas Luhmann arremata:

Por essa razão, podemos compreender essa norma fundamental da atividade dos Tribunais (*Gerichtsbareit*) como o paradoxo da transformação da coerção em liberdade. Quem se vê coagido à decisão e, adicionalmente, à fundamentação de decisões, deve reivindicar para tal fim uma liberdade imprescindível de construção do Direito. Somente por isso não existem 'lacunas no Direito'. Somente por isso a função interpretativa não pode ser separada da função judicativa. E somente por isso o sistema jurídico pode reivindicar a competência universal para todos

os problemas formulados no esquema 'Direito ou não-direito'.¹¹

Karl Engisch,¹² ao contrário, reconhece a existência de lacunas no sistema jurídico, entendidas como faltas ou falhas de conteúdo da regulamentação jurídica para determinadas situações de fato, admitindo sua remoção por uma decisão jurídica-integradora. Ademais, as lacunas, a seu ver, devem ser preenchidas pela valoração objetiva realizada pelo julgador, assentado em conceitos jurídicos indeterminados, normativos, discricionários ou nas cláusulas gerais, com vistas à obtenção de uma decisão justa, de acordo com o caso concreto.

Assim, a discricionariedade judicial, para Engisch, é vinculada, no sentido de que tem como escopo o alcance de um fim justo por um meio justo e deve observar o princípio da ponderação. Ou seja, para este jurista, o juiz possui um espaço de livre apreciação, sendo a valoração do juiz autorizada pelo próprio ordenamento jurídico, mas suas decisões devem ser devidamente motivadas, sob pena de incorrerem em decisões arbitrárias.

Por fim, Engisch admite, inclusive, que o julgador possa julgar *contra legem* em casos especiais:

Entre a indagação dum sentido fiel à lei (interpretação, analogia e preenchimento das lacunas de acordo com o espírito da ordem jurídica), por um lado e o manejo, em desobediência à lei, da idéia do Direito, pelo outro, inserem-se várias fases [...]. Discute-se se a sua retificação pode ainda ser considerada como uma determinação do sentido conforme à lei. Em todo o caso, ela aproxima-se muito dessa determinação do sentido conforme da lei e, por isso, é em certa medida improblemática.¹³

Ronald Dworkin,¹⁴ por sua vez, defende a existência de uma resposta correta para cada caso concreto, o que não isenta o juiz do dever de demonstrar que a sua decisão é racionalmente aceitável.

Sem adentrar na discussão acerca da teoria da resposta correta dworkiana, pode-se afirmar, sem titubeio, que não é possível encontrar uma teoria capaz de

¹⁰ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

¹¹ LUHMANN, Niklas. *A posição dos tribunais no sistema jurídico*. Porto Alegre: AJURIS, 1990. p. 163.

¹² ENGISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Lisboa: F. Calouste Gulbekian, 1996.

¹³ ENGISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Lisboa: F. Calouste Gulbekian, 1996. p. 335.

¹⁴ DWORKIN, Ronald. *Império do Direito*. São Paulo: M. Fontes, 1999.

sustentar a existência de uma decisão correta para cada caso concreto, pois o Direito é um fenômeno social e, por conseguinte, pode se apresentar lacunoso, o que lhe exige uma contínua adaptação às exigências sociais e demanda do magistrado uma atuação criativa para a solução da lide, desde que essa decisão seja fundamentada em critérios racionais.

Assim, o princípio da segurança jurídica, um dos principais argumentos dos positivistas contra a função criativa dos juízes, não pode representar um óbice intransponível à concretização dos direitos fundamentais dos cidadãos pela jurisdição, pois deve ser analisado cada caso.

No Brasil, Teresa Arruda Alvim Wambier também defende uma atuação criativa do Judiciário, sem, contudo, deixar de lhe impor certos limites, vejamos:

[...] exercendo o juiz a sua criatividade, há de fazê-lo de modo neutro, ou seja, valendo-se dos valores encampados pelo direito vigente, sob a forma de princípios fundamentais, em sua grande maioria constantes do texto constitucional, e não de acordo com as suas concepções pessoais a respeito do que deva ser a decisão acertada para o caso.¹⁵

Vale ainda acrescentar, neste ponto, as considerações de Robert Alexy¹⁶ acerca da concretização dos direitos fundamentais pela jurisdição. Para Alexy, princípios, categoria em que se incluem os direitos fundamentais, são mandamentos de otimização, ou seja, são normas que ordenam a realização de algo na maior medida do possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes, a fim de se definir qual deles têm maior peso no caso concreto, haja vista que, abstratamente, os direitos fundamentais da liberdade e da igualdade possuem uma precedência *prima facie*. Desse modo, os direitos fundamentais podem ser satisfeitos em diversos graus e, caso haja colisão entre princípios, um deve ceder em relação ao outro ao se verificar que um dos princípios tem precedência (peso maior) em face do outro sob determinadas condições; logo, os princípios não são absolutos, apenas possuem precedência em relação a outros em determinada circunstância factual e jurídica.

Em outras palavras, a solução para a colisão de princípios consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada (ou relativa) entre os princípios, para saber qual deles deve prevalecer, com base nas circunstâncias do caso concreto, ou seja, a precedência de um princípio sobre outro pode mudar de acordo com as condições do caso concreto. Para tanto, Alexy defende o uso da técnica de sopesamento entre princípios para solucionar uma colisão entre estes, não admitindo, pois, a utilização de juízo de valoração métrico no direito constitucional. Esse sopesamento, por sua vez, tem por base a máxima da proporcionalidade (proporcionalidade em sentido estrito, adequação e necessidade), a fim de verificar qual princípio ou direito fundamental deve prevalecer em determinado caso concreto.

Vê-se, portanto, que o estudo dos princípios, conforme prega Alexy, é de fundamental importância para a análise de sua aplicação nos casos concretos, o que, contudo, é uma tarefa árdua e infundável, pois não há um modelo rígido e fechado de aplicação dos valores ou princípios constitucionais, cabendo ao Judiciário esse papel.

Diante disso, é de grande importância a argumentação jurídica contida na fundamentação das decisões judiciais, pois ela que viabilizará o controle racional do sopesamento realizado pelo Poder Judiciário em determinado caso.

Pode-se afirmar, assim, que hoje é a jurisdição constitucional que possibilita a efetivação dos princípios do Estado Democrático de Direito, nas palavras de Lenio Streck:

A compreensão acerca do significado do constitucionalismo contemporâneo, entendido como o constitucionalismo do Estado Democrático de Direito, a toda evidencia implica a necessária compreensão da relação existente entre Constituição e jurisdição constitucional. [...] Isto significa afirmar que, enquanto a Constituição é o fundamento de validade (superior) do ordenamento e consubstanciadora da própria atividade político-estatal, a jurisdição constitucional passa a ser a condição de possibilidade do Estado Democrático de Direito.¹⁷

Conclui-se, desse modo, que a legitimação da jurisdição advém essencialmente da atividade argumenta-

¹⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória: o que é uma decisão contrária à lei?* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 106.

¹⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

¹⁷ STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica ao direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 13.

tiva de suas decisões, uma vez que decisões judiciais racionalmente fundamentadas e que levem em conta tanto os direitos fundamentais como as peculiaridades do caso concreto permitem que suas determinações sejam aceitas, bem como controladas pela sociedade, e, principalmente, tornam possível a efetivação dos direitos no caso concreto.

3 O papel do judiciário na concretização dos direitos fundamentais

A Constituição de um Estado, para que obtenha êxito, necessariamente há de estar conectada à realidade na qual foi proposta. Isso de maneira alguma quer dizer que a Constituição deva reduzir-se a uma mera comentadora da realidade. Pelo contrário, a Constituição é elemento de coercibilidade para a efetivação das pretensões da sociedade, estabelecidas em um determinado contexto, que não podem ser abandonadas “ao sabor do vento”.

É cediço que os métodos de atuação e de argumentação dos órgãos judiciais são jurídicos, mas a natureza de sua função é inegavelmente política.

Corroborando com esse pensamento, Norberto Bobbio assevera que:

O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político. [...] Com efeito, o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual a sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados.¹⁸

Sem embargo de desempenhar um poder político, o Judiciário tem características diversas das dos outros Poderes. É que seus membros não são investidos por critérios eletivos nem por processos majoritários. Idealmente preservado das paixões políticas, ao juiz cabe decidir com imparcialidade, baseado na Constituição e nas leis.

Não obstante não advir da eleição direta dos cidadãos, o poder de juízes e tribunais, como todo poder em

um Estado democrático, é representativo, uma vez que é exercido em nome do povo e é passível de controle pela sociedade. Para tanto, como explicitado no item anterior, é de vital importância que as decisões judiciais sejam fundamentadas em critérios racionais.

Assim, hoje, no direito brasileiro, o magistrado, diante das peculiaridades do caso concreto, identifica a lei aplicável e a conforma à Constituição utilizando técnicas de “interpretação conforme”, de controle de constitucionalidade e de balanceamento dos direitos fundamentais, criando a norma jurídica que vai fundamentar juridicamente a decisão do caso concreto (norma jurídica individualizada ou norma individual), ao contrário do que ocorria nas teorias positivistas de outrora, em que o juiz apenas atuava a vontade concreta da lei, declarando-a, ou criava a norma individual a partir de uma norma geral.

Nesse sentido, preceitua Luis Roberto Barroso que, no sistema brasileiro, “a jurisdição constitucional é exercida amplamente: do juiz estadual ao Supremo Tribunal Federal, todos interpretam a Constituição, podendo, inclusive, recusar aplicação à lei ou outro ato normativo que considere inconstitucional”.¹⁹

Dessa forma, a constitucionalização, o aumento da demanda por justiça por parte da sociedade brasileira e a ascensão institucional do Poder Judiciário no Brasil provocaram uma intensa judicialização das relações políticas e sociais, que passaram a ter nos tribunais, notadamente no STF, a sua instância decisória final.

A fim de ilustrar tal fenômeno jurídico e social, podem ser apontados alguns temas julgados pelo Supremo Tribunal Federal, em período recente, no afã de concretizar os direitos fundamentais, a despeito da ausência de lei dispondo a respeito dos direitos questionados nas lides, quais sejam: a delimitação da atuação das Comissões Parlamentares de Inquérito (como quebra de sigilos e decretação de prisão) e do papel do Ministério Público na investigação criminal; a legitimidade da interrupção da gestação em certas hipóteses de inviabilidade fetal; e, mais recentemente, o reconhecimento da união ho-

¹⁸ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 24-25.

¹⁹ BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Revista Eletrônica Sobre a Reforma do Estado*, Salvador, n. 9, mar./abr./maio, 2007, p. 34. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br/rere.asp>. Acesso em: 19 mar. 2012.

moafetiva como unidade familiar pelo STF (ADI 4277 e ADPF 132).

Outrossim, no afã de se alcançar decisões legítimas e, portanto, fundamentadas em critérios racionais, o STF, muitas vezes, tem julgado processos de grande repercussão nacional com o apoio em informações obtidas a partir de audiências públicas, em que são ouvidos especialistas de diversas áreas pertinentes à lide. Esta participação da sociedade na gestão pública proporcionada por essas audiências é muito importante, tendo em vista que contribui para o alcance de decisões aceitáveis perante a sociedade, para a concretização dos direitos fundamentais e para a fortificação da democracia participativa (e não da meramente representativa), que é o tipo de democracia albergada pela Constituição Federal.

Podemos citar como exemplos de julgamentos que se utilizaram das conclusões obtidas em audiências públicas: o julgamento acerca da constitucionalidade da Lei de Biossegurança (Lei 1.105/05), que permitiu a pesquisa com células-tronco embrionárias; o julgamento que proibiu a importação de pneus usados para revenda no Brasil; o julgamento dos processos relacionados com a audiência pública sobre Saúde realizada em maio de 2009 (agravos regimentais nas STA (Suspensões de Tutela Antecipada) 175, 211 e 278 e nas SS (Suspensões de Segurança) 3724, 2944, 2361, 3345, 3355 e na Suspensão de Liminar 47); e o julgamento acerca da política de cotas raciais nas universidades (ADPF 186 e ADI 3330).

Dessa forma, as audiências públicas com participação da sociedade civil em questões importantes, como as apontadas anteriormente, bem como o instituto dos *amicus curiae* e mesmo o televisionamento das sessões de julgamento do STF têm acarretado uma aproximação dos cidadãos aos poderes da República, em especial ao Poder Judiciário, conferindo-lhe maior legitimidade.

Conclui-se, portanto, que, no Estado constitucional contemporâneo, as normas constitucionais norteiam a aplicação da legislação pelo magistrado, que possui uma maior subjetividade para a tutela dos direitos, porém isso não significa arbitrariedade, pois a decisão judicial deve se fundamentar em uma argumentação racional. Ademais, frise-se, mais uma vez, que a lei aqui tem a sua substância condicionada aos princípios constitucionais de justiça e aos direitos fundamentais. Ou seja: tutelar direitos, no Estado contemporâneo, é aplicar a lei,

diante das situações concretas, a partir dos direitos fundamentais.

4 O direito à igualdade na aplicação judicial dos precedentes estabelecidos pelo STF

Não obstante os salutares mecanismos utilizados pelo STF no afã de concretizar os direitos fundamentais mediante uma argumentação racional, consoante explicitado no item anterior, o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro apresenta, hoje em dia, um inegável problema: ao estimular a uniformização da jurisprudência constitucional com a atribuição de efeito vinculante às decisões do STF,²⁰ em nome da segurança jurídica, muitos direitos fundamentais ficam desprotegidos, porque se olvida das peculiaridades do caso concreto.

Com o fito de evitar que os direitos fundamentais fiquem desprotegidos, é imprescindível a observância das circunstâncias factuais e jurídicas pelo julgador ao visar à concretização dos direitos fundamentais, para que se possa fazer uma correta interpretação da norma ou para possibilitar um eventual afastamento do magistrado em relação ao precedente do STF (desde que o faça de modo fundamentado) ou até mesmo para a revisão do precedente. Assim, a autoridade do precedente do STF permanece, mas, dependendo das circunstâncias factuais, o juiz pode decidir de forma diferente da decisão ou súmula vinculante, o que não significa divergência com o entendimento da Corte, mas sim que determinado precedente é inaplicável no caso concreto em análise, o que deverá ser demonstrado pela argumentação da decisão.

Isso decorre do fato de que, mesmo sem alteração do texto normativo, o intérprete, diante de um caso concreto, deve refletir se o sentido tradicionalmente atribuído à lei está de acordo com as circunstâncias do caso, de modo a aplicar de forma correta os princípios constitucionais. Destarte, o cumprimento de uma Constituição democrática, como é a brasileira, demanda do aplicador o desenvolvimento de argumentos compatíveis com seus princípios, uma vez que os direitos fundamentais (princípios constitucionais) possuem

²⁰ Com a adoção do efeito e da súmula vinculante e o consequente uso da reclamação constitucional, das decisões monocráticas e da repercussão geral como forma promover a aplicação do precedente do STF.

aplicabilidade imediata e servem como justificação última das decisões judiciais.

Acrescente-se, ainda, que o juiz, ao decidir aplicar ou não os precedentes no caso concreto, deve preservar o direito à igualdade na aplicação judicial do direito, na medida em que casos semelhantes podem conter diferenças, cabendo ao magistrado discernir se tais distinções são suficientes para justificar um tratamento desigual dos casos.

Referida vinculação do juiz ao direito à igualdade corrobora com a necessidade de fundamentação das decisões judiciais, prevista constitucionalmente (art. 93, IX, da CF/88). As razões que levaram o juiz a determinado julgamento devem ser explicitadas na motivação da sentença, na qual o juiz deve apresentar como *ratio decidendi* o juízo de igualdade que conduziu sua decisão no caso, permitindo, assim, o controle da correção de sua sentença. Isso visa a evitar equívocos ocasionados pelo conhecimento apenas da parte dispositiva das decisões, uma vez que, desse modo, não é possível identificar as circunstâncias que demandaram sua aplicação.

Desse modo, o direito à igualdade na aplicação das decisões do STF demanda uma reflexão a respeito da fundamentação de seus precedentes, uma vez que é de fundamental importância o conhecimento das razões que embasaram a construção da norma pelo Tribunal Constitucional, não bastando apenas saber o resultado da interpretação constitucional.

O direito à igualdade na aplicação judicial do direito fornece, portanto, tanto critérios para o afastamento como para a adoção dos precedentes do STF por parte das demais instâncias do Poder Judiciário, pois possibilita a interpretação das decisões e súmulas vinculantes de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas do caso sob exame, o que implica, por conseguinte, maior proteção dos direitos fundamentais no sistema de controle de constitucionalidade pátrio.

5 A implementação de políticas públicas pelo judiciário brasileiro

Cabe aqui abrir um parêntese para falar das ações afirmativas do Judiciário na efetivação dos direitos fundamentais, especialmente os sociais, diante do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.

Primeiramente, deve-se enfatizar que, para a proteção dos direitos transindividuais (direitos difusos e coletivos) e, portanto, para a concretização do direito fundamental à tutela jurisdicional adequada, pode o magistrado utilizar técnicas de facilitação da proteção destes direitos. Nesse sentido, pode o órgão judicial, por exemplo, inverter o ônus da prova, aplicando a *teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova*, ou valer-se dos seus poderes instrutórios (art. 130 do CPC), mesmo sem o requerimento das partes.

Outrossim, nas ações coletivas, não há a prevalência do individualismo e do privatismo do CPC, que deve ser aplicado, nesses casos, apenas subsidiariamente.

A legitimidade do Judiciário, ao tutelar os direitos fundamentais e, inclusive, ao formular ou ao executar políticas públicas, está fundada no caráter democrático da Constituição, considerando a democracia em seu sentido substancial e que os direitos fundamentais são o conteúdo do Estado Democrático de Direito.

Dessa forma, levando-se em conta o princípio de que os Estados têm a obrigação constitucional de implementar os direitos fundamentais (força normativa da Constituição) e que, por força do art. 5º, §1º, da CF/88,²¹ estes direitos têm aplicabilidade imediata, cabe ao Poder Judiciário prover a sociedade desses direitos na ausência de iniciativa dos Poderes Executivo e Legislativo.

Note-se que a atuação judicial é derivada e subsidiária, pois o Judiciário atua como garantidor da realização dos direitos fundamentais carentes de eficácia jurídica e social, em decorrência da carência de políticas públicas. Em outras palavras, cabe ao Judiciário atuar como órgão de controle do Legislativo ou do Executivo, somente quando se caracterizar uma atuação ou omissão inconstitucional, impossibilitando a concretização dos direitos fundamentais. Atuando assim, a jurisdição constitucional age como potencializadora do Estado Democrático de Direito.

Procura-se, dessa forma, garantir o *mínimo existencial* a todo cidadão, ou seja, as condições mínimas que devem ser asseguradas pelo Estado para uma existência digna, consideradas as circunstâncias da sociedade em que o indivíduo está inserido e o momento histórico. O

²¹ Art. 5º, § 1º, CF/88: As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

mínimo existencial representa, portanto, o núcleo intangível dos direitos fundamentais, não precisando de previsão expressa para ser reconhecido, porque decorre da proteção da dignidade da pessoa humana.

Destarte, mediante a ponderação dos valores e dos princípios jurídicos em confronto, o Poder Judiciário pode determinar, com supedâneo no direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, do qual decorre o meio executivo mais adequado ao caso concreto (art. 5º, XXXV, CF), e da cláusula geral executiva consagrada do direito ao meio executivo adequado (art. 461, § 5º, do CPC), o remanejamento dos gastos públicos para viabilizar a efetivação do direito fundamental social. Saliente-se que o Poder Judiciário somente reconhece a necessidade de proteção do mínimo existencial e determina que os demais poderes políticos (Executivo e Legislativo) pratiquem os atos orçamentários cabíveis no caso concreto.

Os poderes políticos alegam, muitas vezes, como impeditivo para a execução das políticas públicas a ausência orçamentária, o que se denomina *reserva do possível*, instituto criado pelo direito alemão. Contudo, a *reserva do possível*, no direito brasileiro, dada as suas peculiaridades sociais, não pode ser uma cláusula restritiva de direitos *prima facie*, uma vez que o *mínimo existencial* deve ser assegurado independentemente de reserva orçamentária, porque goza de garantias institucionais.

Assim, a falta de recursos não pode justificar a não concretização de um direito fundamental, cabendo aos órgãos judiciais, mediante argumentação jurídica e ponderação dos valores constitucionais, encontrar as técnicas processuais adequadas para resolver as complexas relações entre princípios e diretrizes políticas.

Essas preocupações ganham maior importância em países de modernidade tardia, como o Brasil, onde os direitos sociais não foram minimamente concretizados e grande parte da população vive em situação de extrema pobreza, sendo o papel do Estado promover a efetivação desses direitos, indispensáveis à transformação social.

Desse modo, a expressiva desigualdade social brasileira exige firmeza do Poder Judiciário no cumprimento das disposições democráticas contidas na Constituição de 1988, a fim de que sejam efetivados os direitos fundamentais, devendo-se relativizar sobremaneira a teoria da reserva do possível no caso brasileiro, haja vista a sua

realidade socioeconômica excludente, muito diferente da situação da Alemanha, onde surgiu aquela teoria.

Vê-se, desse modo, que o controle judicial do orçamento público não se destina a usurpar competências do Poder Executivo, representando apenas uma técnica de fiscalização constitucional destinada a proporcionar a concretização do *mínimo existencial*. O objetivo do controle é específico e se destina somente a suprir as omissões inconstitucionais que impossibilitam a tutela dos direitos fundamentais sociais e, conseqüentemente, os fins do Estado Democrático de Direito.

Esse fenômeno de atuação da jurisdição nas políticas públicas denomina-se *judicialização da política*, que se apresenta quando o Poder Judiciário atua, mediante a aplicação do postulado da proporcionalidade (adequação, exigibilidade e proporcionalidade em sentido estrito) e da argumentação jurídica, na promoção do direito fundamental ao *mínimo existencial*, observadas as limitações impostas pela chamada *reserva do possível*.

Para isso ocorrer, é necessário que seja verificada a omissão inconstitucional, que reste demonstrada a precariedade dos serviços públicos indispensáveis para a efetivação do *mínimo existencial* e que as técnicas processuais sejam devidamente justificadas. Assim, a intervenção judicial na formação, controle ou execução das políticas públicas é derivada ou subsidiária, como já dito, pois somente deve ocorrer quando houver um dever legal ou constitucional violado.

Nesse sentido, prescreve Eduardo Cambi:

Com o intuito de buscar a legitimação social do exercício do Poder Judiciário, há enorme margem de criatividade judicial. [...] Portanto, verifica-se que a jurisdição constitucional não é impotente frente às demais funções estatais (Executivo ou Legislativo), possuindo plenos poderes para a concretização dos direitos fundamentais. O Judiciário, primando pela legitimação do exercício da jurisdição, pode usar diversas técnicas para determinar o cumprimento de suas decisões (desde a formulação de prazos até, em caráter excepcional, a própria formulação da política pública), sendo certo que o direito fundamental não pode ser violado pela omissão ou pela ação inconstitucional dos governantes (legisladores ou administradores).²²

²² CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2010. p. 13.

Observa-se, dessa forma, que a Constituição protege os direitos fundamentais e determina a adoção de políticas públicas aptas a realizá-los e, por outro, atribui as decisões acerca do investimento de recursos e as opções políticas a serem perseguidas pelos Poderes Legislativo e Executivo.

E, para assegurar a supremacia da Constituição, mas não a hegemonia judicial, defende-se a atuação do Judiciário no desenvolvimento de parâmetros objetivos de controle de políticas públicas. O que se defende aqui, portanto, é o uso de instrumentos de controle jurisdicional aptos a efetivar os direitos em sua totalidade, atuando o Judiciário em nome dos cidadãos, e não o ativismo judicial em seu sentido pejorativo.²³

Ante o exposto anteriormente, pode-se concluir que, com o advento das ações processuais coletivas, a jurisdição contemporânea teve seu objeto alargado, pois o juiz deixou de cuidar exclusivamente dos interesses individuais para tutelar também os direitos transindividuais. Em última análise, isso acarretou a efetivação da democracia, que necessita da participação direta da sociedade, não só para reivindicar a proteção dos seus direitos fundamentais, mas também para permitir o controle das decisões do Poder Público.

A Constituição traça parâmetros normativos para a concretização dos direitos fundamentais, predeterminando a necessidade de políticas públicas inerentes à realização desses direitos, cabendo aos juízes dar força normativa à Constituição, seja por meio da concretização de um princípio jurídico, da declaração de inconstitucionalidade de uma regra ou até mesmo da formulação de uma política pública, sem, contudo, absorver o espaço reservado para os demais poderes políticos. Portanto, cabe ao Judiciário primar pela tutela do *mínimo existencial*, acolhendo pretensões relacionadas à execução de políticas públicas específicas, socialmente necessárias e constitucionalmente exigidas.

6 Conclusões

Como se pode perceber, o presente artigo apresenta não somente respostas e sugestões, mas também indagações ao tema proposto e esta é exatamente uma de suas principais finalidades: chamar a atenção para um problema que vem sendo relegado pelos doutrinadores e cientistas do direito, não obstante a atuação cada vez mais ativa do Judiciário na concretização dos direitos fundamentais nos Estados Democráticos modernos.

A partir das propostas até aqui trazidas, algumas conclusões são possíveis, embora se reconheça que muitas outras questões ainda precisam ser amadurecidas:

- 1) A evolução da jurisdição, que partiu originalmente da atuação do juiz como concretizador da vontade da lei para a atuação criativa do juiz, é um caminho sem volta, uma vez que o Direito é um fenómeno social, encontrando-se, assim, em constante transformação. Tal fato implica a necessidade de uma eterna conformação normativa com vistas a adaptá-la às circunstâncias fáticas, o que só pode ser feito pelo aplicador do direito por meio da interpretação. O que se questiona apenas é como deve ser realizado o direito e quais são os limites que devem pautar a atuação jurisdicional.
- 2) A liberdade que possui o Judiciário atualmente para a concretização dos direitos fundamentais é condicionada, pois possui limites objetivos. Assim, não se pode confundir discricionariedade com arbitrariedade judicial, haja vista que aquela é inerente e necessária à atuação satisfatória da atividade jurisdicional, enquanto esta macula o Judiciário por levar em consideração os interesses pessoais do magistrado, e não os da sociedade em geral, o que vai de encontro às diretrizes de uma Constituição democrática, como o é a brasileira.
- 3) A discricionariedade judicial possui estreita conexão com a imparcialidade do Judiciário, uma vez que é impossível despir o magistrado de suas convicções e ex-

²³ Para Dworkin (1999), ativismo judicial equivale a uma atuação desgovernada do Poder Judiciário, que impõe aos demais poderes do Estado sua singular concepção de justiça, ignorando o texto constitucional, as circunstâncias do caso concreto e a moral política inerente a qualquer julgamento interpretativo da Constituição, o que, por conseguinte, cede espaço à tirania.

periências pessoais, porém ele deve tentar o máximo possível se guiar por critérios objetivos e pelos princípios constitucionais ao tomar uma decisão. Em suma, a discricionariedade relaciona-se com o atributo da imparcialidade, e não com a neutralidade, que é alheia ao ser humano.

- 4) A legitimação da jurisdição advém especialmente dos argumentos de suas decisões, que devem, por sua vez, levar em consideração as circunstâncias factuais e jurídicas sob análise e ter como justificação última os direitos fundamentais, destacando-se, entre estes, o direito à igualdade. Em outras palavras, decisões judiciais racionalmente fundamentadas e que levem em conta as peculiaridades do caso concreto permitem que suas determinações sejam aceitas, bem como controladas pela sociedade, e, principalmente, tornam possível a efetivação dos direitos no caso concreto. Em síntese, pode-se apontar como limites da discricionariedade judicial: a necessidade de fundamentação das decisões; a observância das peculiaridades do caso concreto; e os princípios constitucionais, notadamente o direito à igualdade na aplicação judicial do direito.
- 5) Há, atualmente, uma inconsistência no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, na medida em que se prega uma observância cega aos precedentes firmados pelo STF por parte dos juízes e demais tribunais, sem levar em conta as peculiaridades do caso concreto. Assim, defende-se aqui que seja feita uma reflexão acerca do atual sistema, de modo que se flexibilize tal conjuntura diante das circunstâncias factuais e jurídicas em análise, a fim de que se contribua positivamente para a construção judicial do direito brasileiro, o que, em última instância, fornecerá maior proteção dos direitos fundamentais.
- 6) É inegável reconhecer, atualmente, o papel da jurisdição constitucional na concretização da ordem constitucional e do Estado Democrático de Direito brasileiro, assumindo o Judiciário e, em especial, o STF, cada vez mais essa função de garantidor dos direitos fundamentais, notadamente daqueles que requerem prestações positivas. Não obstante a inexistência de critérios gerais para orientar a jurisprudência do STF, é notória a atuação marcante desta Corte no sentido de pôr em prática a força normativa da Constituição.
- 7) No caso de atuação insuficiente ou omissão dos Poderes Legislativo e Executivo, é cabível o desenvolvimento de políticas públicas especificamente direcionadas (inclusive de ações afirmativas) por parte do Judiciário na seara dos direitos sociais, no intuito de garantir a inclusão social e a igualdade material dos cidadãos, relativizando, para tanto, a teoria da reserva do possível alemão no Brasil, dada a extrema desigualdade social brasileira. Não é mais possível, hodiernamente, relegar o tema da efetivação dos direitos fundamentais unicamente àqueles poderes políticos, historicamente omissos e negligentes aos interesses dos setores mais desprovidos da sociedade, sendo necessária a intervenção da Corte no papel de guardião da Constituição.
- 8) Por fim, pode-se dizer que a atividade judicial não implica uma “criação de direito” propriamente dita, uma vez que o juiz constrói a norma jurídica mediante uma interpretação da lei na medida das normas constitucionais, seja por meio das técnicas de controle de constitucionalidade, do uso das cláusulas gerais ou dos conceitos jurídicos indeterminados. O que importa é como o juiz vai construir o direito, ou seja, é o conhecimento da motivação de sua decisão no caso concreto.

Referências

- ALEX, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, n. 9, mar./abr./maio, 2007. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br/rere.asp>. Acesso em: 19 mar. 2012.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 19 mar. 2012.
- BRASIL. *Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 19 mar. 2012.
- CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*. Napoli: Morano, 1958.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1969.
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 7. ed. Salvador: JusPODIUM, 2007, 1 v.
- DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: teoria e prática da igualdade*. São Paulo: M. Fontes, 2005.
- DWORKIN, Ronald. *Império do Direito*. São Paulo: M. Fontes, 1999.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: M. Fontes, 2002.
- DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: M. Fontes, 2000.
- ENGLISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Lisboa: F. Calouste Gulbekian, 1996.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1991.
- LUHMANN, Niklas. *A posição dos tribunais no sistema jurídico*. Porto Alegre: AJURIS, 1990.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil: teoria geral do processo*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. 1 v..
- MAUÉS, Antônio Moreira; FONSECA, Mônica Maciel Soares; RÊGO, Lorena de Paula da Silva. Súmula Vinculante e Direito à Igualdade. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, Bauru, n. 46, quadrimestral, 2006.
- ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 131: p. 283-295, jul./set. 1996.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad.: Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica ao Direito*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória: o que é uma decisão contrária à lei?* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

**Para publicar na revista Brasileira de Políticas Públicas,
acesse o endereço eletrônico www.publicacoesacademicas.uniceub.br.
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.**